Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2015–2016

34 487 Evaluatie Wet markt en overheid

34 316 Initiatiefnota van de leden Ziengs en Verhoeven over de Wet Markt en Overheid

Nr. 1 BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 3 juni 2016

Met deze brief informeer ik uw Kamer over de uitkomsten van de evaluatie van de Wet markt en overheid. De evaluatie is uitgevoerd door onderzoeksbureau Ecorys. Het evaluatierapport is als bijlage toegevoegd aan deze brief[1]. In de brief komt eerst kort de inhoud van de wet aan de orde. Vervolgens komen de belangrijkste uitkomsten van de evaluatie aan de orde, gevolgd door de beleidsconclusies. Daarbij ga ik tevens in op de initiatiefnota ingediend door de leden Ziengs (VVD) en Verhoeven (D66)(Kamerstuk 34 316, nr. 2). Met deze brief wordt voldaan aan diverse toezeggingen die in het kader van de evaluatie aan beide Kamers zijn gedaan. Deze toezeggingen komen hieronder aan bod.

De Wet markt en overheid

De Wet markt en overheid is op 1 juli 2012 in werking getreden. De wet kende een overgangsbepaling waardoor de wet tot 1 juli 2014 alleen van toepassing was op nieuw te ondernemen activiteiten van overheden. Daarnaast kent de wet een horizonbepaling waardoor de wet zijn kracht verliest op 1 juli 2017 indien de wet niet wordt verlengd of aangepast. De Wet markt en overheid heeft als doel om zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden en het bedrijfsleven te creëren wanneer overheden goederen of diensten op een markt aanbieden (economische activiteiten verrichten). Daartoe legt de wet gedragsregels op aan overheden en publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganen. De wet kent vier gedragsregels:

1. Bij het verrichten van economische activiteiten moeten overheden de integrale kosten van deze activiteiten aan de afnemers doorberekenen.
2. Overheden mogen hun overheidsbedrijf niet bevoordelen boven ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt.

[1] Raadpleegbaar via www.tweedekamer.nl

kst-34487-1
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2016

3. Gegevens die overheden verkrijgen bij de uitvoering van publieke taken mogen ze alleen gebruiken voor economische activiteiten indien de gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld.
4. Indien overheden economische activiteiten verrichten en ten aanzien van deze economische activiteiten ook een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefenen, mogen personen niet betrokken zijn bij beide activiteiten.

De wet kent verschillende uitzonderingen. Een belangrijke uitzondering is de algemeen belanguitzondering, waardoor de gedragsregels niet van toepassing zijn indien een overheid besluit dat een economische activiteit het algemeen belang dient. Een andere uitzondering is dat de wet niet van toepassing is op openbare onderwijsinstellingen.

Uitkomsten evaluatie

In de evaluatie is bezien in hoeverre de wet haar doel bereikt. Hieronder worden de belangrijkste bevindingen uit de evaluatie beschreven.

Omvang problematiek

Uit de evaluatie blijkt dat ongeveer 90 procent van de overheden één of meer economische activiteiten verricht. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om een overheid die gebouwen verhuurt aan verenigingen en hiermee concurreert met private eigenaren van gebouwen, een gemeente die bedrijfsafval inzamelt en hiermee concurreert met ondernemers die dit ook doen, of een gemeente die kampeerplaatsen exploiteert en hiermee concurreert met campingeigenaren.

Ongeveer een derde van de ondernemers geeft aan in enige mate concurrentie te ondervinden van economische activiteiten verricht door overheden.[2] Van de ondernemers die concurrentie ervaren, geeft circa de helft aan deze concurrentie als zeer oneerlijk te zien. Sectoren waarin ondernemers relatief het meest aangeven hinder te ondervinden zijn verhuur van en handel in onroerend goed, opleidingen en trainingen, zakelijke dienstverlening, advisering en afvalbeheer. Gevraagd naar de vorm van de ongelijke concurrentie, geven de meeste ondernemers aan dat het gaat om overheden die te lage tarieven hanteren of hun eigen overheidsbedrijf bevoordelen.

De onderzoekers concluderen dat overheden zich niet herkennen in het beeld van ondernemingen die hinder ondervinden. Overheden schatten de mate waarin concurrentie tussen hen en het bedrijfsleven een probleem is als laag in. De mate van ongelijke concurrentie wordt door overheden als beperkt of afwezig gezien. Een mogelijke verklaring hiervoor is het beperkt aantal klachten dat overheden hebben ontvangen. Van de overheden geeft 88 procent aan geen klachten te hebben ontvangen over ongelijke concurrentie.

Naast het indienen van een klacht bij de overheid zelf, kan een ondernemer een klacht bij de ACM indienen. De ACM heeft tussen maart 2012 en december 2014 circa 200 signalen ontvangen over oneerlijke concur-

[2] Dit betreft ondernemers die steekproefsgewijs per brief zijn benaderd. Een ander deel is via de brancheorganisatie benaderd. Van de ondernemers benaderd via de branche geeft circa 85 procent aan in enige mate hinder te ondervinden. Bij die groep is het volgens de onderzoekers aannemelijk dat sprake is van een selectie-effect, waardoor er een oververtegenwoordiging is van ondernemers die problemen ervaren van oneerlijke concurrentie.

rentie[3]. Meer dan de helft van deze signalen viel buiten de reikwijdte van de wet. Hierbij ging het vooral om subsidieverlening, aanbesteding, inbesteding en aan de overheid voorbehouden activiteiten. Van de signalen die wel binnen de reikwijdte van de wet vielen, viel ongeveer de helft onder één van de uitzonderingen.

Algemeen belanguitzondering

De onderzoekers concluderen dat het veelvuldig gebruik van de algemeen belanguitzondering de doelstelling van de wet ondergraaft. Als gevolg van het gebruik van de algemeen belanguitzondering hoeven overheden de gedragsregels uit de Wet markt en overheid niet toe te passen. Van de overheden geeft 75 procent aan voor één of meerdere economische activiteiten gebruik te hebben gemaakt van de uitzondering. Van de gemeenten is dit zelfs 90 procent. Overheden gebruiken de algemeen belanguitzondering voor zeer diverse activiteiten. Enkele voorbeelden zijn de exploitatie van jachthavens, verhuur van vastgoed en exploitatie van sportaccommodaties.

Zoals toegezegd aan de Eerste Kamer, is in de evaluatie aandacht besteed aan de procedures die gevolgd worden bij algemeen belangbesluiten.[4] De algemeen belangbesluiten zijn niet altijd goed gemotiveerd. Veel overheden stellen de gedragsregels buiten werking door de uitzondering in te roepen en leven op die manier de wet na. Overheden kijken daarbij echter niet zozeer naar het doel van de wet. Eventuele concurrentieverstoringen als gevolg van een algemeen belangbesluit lijken slechts een beperkte rol te spelen in de gemaakte afwegingen. Marktpartijen worden slechts in zeer beperkte mate betrokken bij het vaststellen van een algemeen belangbesluit. Tegelijkertijd maken marktpartijen slechts sporadisch gebruik van de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen een algemeen belangbesluit. Bezwaar en beroep staan volgens de onderzoekers overigens niet altijd open. Circa 20 procent van de overheden geeft aan dat hun algemeen belangbesluit een algemeen verbindend voorschrift betrof waartegen geen bezwaar mogelijk is.

Onderwijs

Zoals toegezegd aan de Eerste Kamer, is in de evaluatie aandacht besteed aan de onderwijsuitzondering.[5] De Wet markt en overheid zondert onderwijsinstellingen uit omdat gedragsregels voor onderwijsinstellingen in sectorspecifieke regelgeving zijn vastgelegd. De sectorspecifieke regelgeving verplicht net als de Wet markt en overheid om de integrale kosten door te berekenen. Een verschil met de Wet markt en overheid is echter dat de sectorspecifieke regels primair zijn gericht op het voorkomen van het weglekken van publieke middelen die voor onderwijs bedoeld zijn. Door deze focus is er volgens de onderzoekers minder aandacht voor de markteffecten van economische activiteiten die onderwijsinstellingen verrichten. Desondanks kunnen de sectorspecifieke regels in belangrijke mate bijdragen aan het voorkomen van ongelijke concurrentie. Er is namelijk een hoge mate van bewustzijn en naleving van de sectorspecifieke regels.

Onder andere door het verschil in focus met de Wet markt en overheid is er volgens de onderzoekers ruimte om bescherming tegen concurrentieverstoring in de onderwijssector te verbeteren. De onderzoekers geven aan dat vanwege de bredere reikwijdte van de sectorspecifieke regels een

---

[3] In 2015 heeft de ACM ongeveer 75 signalen over oneerlijke concurrentie ontvangen.
[4] Kamerstuk 31 354, nr. 21.
[5] Kamerstuk 31 354, nr. 21.

eventuele aanscherping daarin meer voor de hand zou liggen dan het schrappen van de uitzondering voor onderwijs in de Wet markt en overheid.

Verhouding met andere regelgeving

Zoals aan de Eerste Kamer toegezegd,[6] is in de evaluatie ook de verhouding bezien tussen de Wet markt en overheid en Europese regelgeving. Door de onderzoekers is geen onnodige overlap met andere regelgeving geconstateerd. Ten opzichte van andere regelgeving zoals staatssteunrecht en het aanbestedingsrecht biedt de Wet markt en overheid extra rechtsbeschermingsmogelijkheden voor ondernemers.

Overige toezeggingen

Zoals aan de Eerste Kamer toegezegd,[7] is in de evaluatie tevens aandacht besteed aan de effecten voor burgers. De onderzoekers concluderen dat de wet niet tot grote voordelen voor de burger heeft geleid. Dit komt veelal doordat overheden, met name door het gebruik van de algemeen belanguitzondering, activiteiten beneden de kostprijs zijn blijven verrichten die ze voor invoering van de wet ook al verrichtten.

Verder is er zoals toegezegd aan de Eerste Kamer aandacht besteed aan de fiscale positie van overheidsbedrijven.[8] Gevraagd naar de vorm waarin ongelijke concurrentie zich voordoet, noemen ondernemers fiscale ongelijkheid als één van de vormen van ongelijke concurrentie. Per 1 januari 2016 is echter de Wet modernisering vennootschapsbelastingplicht overheidsondernemingen van toepassing. Deze wet treft maatregelen om een gelijk speelveld te creëren tussen overheidsbedrijven en particuliere ondernemingen op het gebied van vennootschapsbelasting.

Daarnaast is zoals aan de Eerste Kamer toegezegd, ook gekeken of overheden gebruik maken van de ontsnappingsmogelijkheid om economische activiteiten te laten verrichten door overheidsbedrijven.[9] Overheidsbedrijven zijn niet verplicht de integrale kosten door te berekenen. Ten aanzien van overheidsbedrijven geldt echter wel een bevoordelingsverbod. Er zijn geen signalen naar voren gekomen dat overheden activiteiten onderbrengen bij overheidsbedrijven als een soort ontsnappingsroute. Dit is overigens lastig te onderzoeken omdat in veel gevallen een algemeen belanguitzondering is genomen waardoor de gedragsregels niet van toepassing zijn.

Conclusie uitkomsten

De onderzoekers concluderen dat de Wet markt en overheid overheden heeft gedwongen om meer rekening te houden met marktpartijen. Hiermee zijn de risico's op ongelijke concurrentie verlaagd. Veel van de irritaties die ondernemers aangeven te ondervinden vallen echter buiten de reikwijdte van de wet of onder één van de uitzonderingsgronden. Met name als gevolg van de algemeen belanguitzondering wordt de reikwijdte van de wet flink ingeperkt, waardoor het beoogde effect van de wet wordt ondergraven. De mate waarin de wet heeft bijgedragen aan gelijke concurrentieverhoudingen is derhalve volgens de onderzoekers suboptimaal.

---

[6] Kamerstuk 31 354, nr. 21.
[7] Kamerstuk 31 354, nr. 21.
[8] Kamerstuk 31 354, nr. 21.
[9] Kamerstuk 31 354, nr. 21.

Beleidsconclusies

Gezien de uitkomsten van de evaluatie en het feit dat de wet een horizonbepaling kent, ga ik hieronder in op de toekomst van de wet. Daarbij ga ik zoals toegezegd in op de initiatiefnota van de leden Ziengs (VVD) en Verhoeven (D66).[10]

Initiatiefnota

In de initiatiefnota wordt een verbodsstelsel met een tenzij- bepaling voorgesteld. Dit betekent dat overheden pas economische activiteiten mogen verrichten nadat is aangetoond dat dit noodzakelijk en proportioneel is. In de initiatiefnota wordt voorgesteld dat overheden hierbij eerst dienen te onderzoeken of de markt zelf tot een vergelijkbaar aanbod kan komen, waarbij ook moet worden gekeken of dit via een aanbesteding of een subsidie kan. Tevens moet worden onderzocht of de baten van het in overheidshanden verrichten van een economische activiteit in verhouding staan tot de marktverstoring die wordt veroorzaakt door het overheidsoptreden. Wanneer overheden een economische activiteit verrichten dienen ze tevens de gedragsregels toe te passen. Daarnaast is het inroepen van de algemeen belanguitzondering niet meer mogelijk.

Een verbodsstelsel heeft als voordeel dat het overheden dwingt om goed te kijken naar de gevolgen voor ondernemers voordat ze de markt op gaan. Overheden dienen hierbij verschillende alternatieven (markt op gaan, in- of aanbesteden, subsidie etc.) af te wegen. Een verbodsstelsel heeft echter ook een aantal nadelen. Een eerste nadeel is dat noodzakelijkheid en proportionaliteit moeilijk te operationaliseren criteria zijn. Dat kan leiden tot onduidelijkheid bij overheden en het bedrijfsleven, wat tot discussies en juridische procedures kan leiden. Een tweede nadeel is dat invoering van een verbodsstelsel het onnodig lastig maakt voor overheden om economische activiteiten te verrichten door de extra drempels die hiervoor worden opgeworpen. Vanuit het oogpunt van het voorkomen van ongelijke concurrentie is het verrichten van economische activiteiten echter geen probleem. Het verrichten van economische activiteiten door overheden kan zelfs positief voor de welvaart zijn. Er ontstaat pas een potentieel probleem als overheden ongelijk concurreren. Een verbodsstelsel gaat dus verder dan nodig om ongelijke concurrentie te voorkomen. Daarom is een verbodsstelsel in mijn ogen niet wenselijk.

Aanpakken van ongelijke concurrentie

Gebaseerd op de problematiek die voortkomt uit de evaluatie constateer ik wel dat ongelijke concurrentie tussen overheden en ondernemers nog steeds aandacht vraagt. Ik ben daarom voornemens om de horizonbepaling uit de wet te halen, zodat de wet zijn werking houdt.

Voorts neem ik voor om de algemeen belanguitzondering aan te scherpen. Hierbij denk ik aan specifieke motiveringsvereisten en meer inspraak voor ondernemers vooraf. Uit de evaluatie blijkt namelijk dat overheden algemeen belangbesluiten niet altijd goed motiveren en dat ondernemers beperkt bij de besluitvorming worden betrokken. Met het aanscherpen van de uitzondering worden overheden gedwongen ondernemers goed te betrekken bij algemeen belangbesluiten, hun besluiten goed te motiveren en meer aandacht te besteden aan de concurrentienadelen voor ondernemers. Overheden worden zo verplicht de voor- en nadelen van een algemeen belangbesluit zorgvuldig af te wegen. Dit voorkomt dat overheden zonder goede afweging en aandacht

[10] Tweede Kamer, vergaderjaar 2015/2016, 34 300 XIII, nr. 15.

voor de effecten op ondernemers de algemeen belanguitzondering inroepen en zo tegen ongelijke voorwaarden met ondernemers concurreren. Daarmee verkleint het risico dat ondernemers die efficiënter zijn dan overheden uit de markt worden gedrukt doordat overheden zich niet aan de gedragsregels hoeven te houden.

Met het aanscherpen van de uitzondering blijft, in tegenstelling tot bij een verbodsstelsel, het huidige stelsel in tact. Overheden blijven vrij om economische activiteiten te verrichten, zonder extra lasten. Daarnaast houden overheden de mogelijkheid om bij het uitvoeren van hun publieke taak een economische activiteit beneden de kostprijs te verrichten (door het verlenen van een «impliciete subsidie») door na een zorgvuldige afweging de algemeen belanguitzondering in te kunnen inroepen. Het aanscherpen van de algemeen belanguitzondering leidt tot een betere balans tussen het beperkt houden van lasten voor overheden enerzijds en het voorkomen van ongelijke concurrentie anderzijds.

Naast het voornemen om de algemeen belanguitzondering aan te scherpen zal ik met een vertegenwoordiging uit het bedrijfsleven en met overheden in gesprek gaan over het beter toepassen van de Wet markt en overheid en de algemeen belanguitzondering en over het effectief aanpakken van ongelijke concurrentie. Uit de evaluatie blijkt ook dat er een verschil in perceptie is tussen overheden en ondernemingen over de gevolgen van economische activiteiten verricht door overheden. Ik wil in gesprek met stakeholders tevens bezien wat de mogelijkheden zijn om dit verschil te verkleinen.

Inbesteden

Conform mijn toezegging tijdens het AO ondernemen en gastvrijheidseconomie van 1 april 2015,[11] heb ik inbesteden een plek gegeven in de evaluatie. Tevens heb ik tijdens het VAO ondernemen en gastvrijheidseconomie van 16 april 2015 toegezegd te bekijken of het mogelijk is om een eenduidig afwegingskader op te stellen voor inbestedingssituaties.[12] Een afwegingskader wordt ook voorgesteld in de initiatiefnota, waarin wordt voorgesteld om de nee tenzij- bepaling ook voor inbesteden te laten gelden.

De Wet markt en overheid ziet op het verrichten van economische activiteiten, het gaat dan om het aanbieden van goederen of diensten aan derden op een markt. Bij inbesteden gaat het om situaties waarin de overheid een activiteit voor zichzelf verricht. Dit is een andere situatie, vergelijkbaar met een bedrijf dat de keuze heeft om beveiligers of kantinepersoneel zelf in dienst te hebben of op de markt in te kopen. In de regel gaat het om interne bedrijfsvoeringsvraagstukken. Ook overheden dienen daarin een weloverwogen keuze te maken. In geval van inbesteden maakt de markt geen kans om een bepaalde opdracht uit te voeren. Dit kan tot gevolg hebben dat niet de meest efficiënte partij de opdracht uitvoert. Aan de andere kant kan inbesteden een verdedigbare keuze zijn als daardoor bijvoorbeeld beter gestuurd kan worden op de gewenste kwaliteit. Inbesteden kan ook efficiënt zijn indien de activiteit samenhangt met een andere activiteit die de overheid verricht. Daarnaast kan voor inbesteden worden gekozen met het oog op het borgen van specifieke belangen. Overheden kunnen bijvoorbeeld besluiten om ICT in te besteden omdat ze gevoelige informatie in eigen beheer willen houden. Elke situatie dient op zijn eigen merites te worden beoordeeld, waarbij de voorkeur soms naar de markt zal gaan en soms naar uitvoering door de

[11] Tweede Kamer, vergaderjaar 2014/2015, 32 637, nr. 182.
[12] Tweede Kamer, vergaderjaar 2014/2015, 32 637, nr. 77.

overheid voor zichzelf. Er zijn mij geen aanwijzingen bekend dat stelselmatig verkeerde afwegingen worden gemaakt. Een kader voor inbesteden vind ik daarom niet proportioneel.

Onderwijs

Gezien de hoge mate van bewustzijn en naleving van de sectorspecifieke regels in het onderwijs, zie ik geen aanleiding om de onderwijsuitzondering in de Wet markt en overheid aan te passen. In de sectorspecifieke regelgeving kan ongelijke concurrentie door onderwijsinstellingen effectief worden tegengegaan. Recentelijk heeft de Inspectie van het Onderwijs aanbevelingen gedaan in haar rapport «Private activiteiten van bekostigde onderwijsinstellingen». In haar reactie[13] heeft de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap deze aanbevelingen overgenomen. Tevens heeft de Minister aangekondigd de sectorspecifieke regels te verduidelijken en indien nodig aan te scherpen, om te borgen dat publiek-private activiteiten in de sectoren onderwijs en onderzoek effectief bijdragen aan de primaire taken van deze sectoren en aan de kwaliteit van de publieke dienstverlening. Deze maatregelen zullen er onder andere voor zorgen dat de huidige knelpunten op het gebied van onderwijs worden aangepakt.

Vervolg

Met het oog op het vervallen van de Wet markt en overheid per 1 juli 2017 als gevolg van de horizonbepaling, zal ik na het zomerreces een algemene maatregel van bestuur aan beide Kamers voorhangen om de geldingsduur van de wet te verlengen. Hiermee wil ik voorkomen dat er een hiaat ontstaat en er een periode helemaal geen gedragsregels zijn voor overheden die economische activiteiten verrichten. Om de wet inhoudelijk aan te passen en de verlengde werkingsduur van de wet wettelijk te bekrachtigen, zal ik daarna een wetsvoorstel voorbereiden. Ik ben voornemens dit voorstel dit jaar of begin volgend jaar voor advisering naar de Raad van State te verzenden. De komende maanden zal ik tevens in gesprek gaan met stakeholders over het voorkomen van ongelijke concurrentie, een betere toepassing van de Wet markt en overheid en mijn voornemen om de algemeen belanguitzondering aan te scherpen.

De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp

[13] Tweede Kamer, vergaderjaar 2014/2015, 28 753, nr. 37.